

ESCEPTICISMO EPISTEMOLÓGICO Y NEUTRALIDAD EN LA CIENCIA DEL DERECHO: ALGUNAS CRÍTICAS A LA *TEORÍA CRÍTICA* DEL DERECHO

JOSÉ LUIS MONTI

Profesor Adjunto Consulto
Universidad de Buenos Aires, Argentina
josemonti@derecho.uba.ar

1. Nota introductoria. Algo para recordar.

Hace ya tiempo, Bertrand Russel y luego Karl Popper reflexionaban en torno de los problemas del conocimiento y, en particular, sobre las consecuencias prácticas que pueden derivarse de la adopción de determinados criterios epistemológicos, no sólo para la misma actividad científica, ciertamente, sino también para la ética y la política¹. Popper explica cómo una teoría epistemológica equivocada puede producir esos efectos y refiere dos ejemplos: (i) lo que llama *optimismo* epistemológico, basado en la idea de que *la verdad es manifiesta*, una creencia que, pese a haber acompañado el nacimiento de la ciencia y la tecnología modernas y contribuir a la libertad de pensamiento², prescinde del hecho que a menudo -dice- “es difícil llegar a la verdad, y una vez encontrada se la puede volver a

¹ Karl POPPER, *El desarrollo del conocimiento científico -conjeturas y refutaciones-*, Paidós, 1967, p. 11 y ss. Se reproduce allí una conferencia de Popper de enero de 1960, en la que expresa su coincidencia con Russel en este punto, recordando que este último había señalado, por ejemplo, que ‘el relativismo epistemológico, o sea la idea de no hay una verdad objetiva, y el pragmatismo epistemológico, o sea la idea de que verdad y utilidad son la misma cosa, se hallan ambos estrechamente vinculados con ideas autoritarias y totalitarias’ (la cita de Russel corresponde a *Let the people think*, 1941). Sobre la misma cuestión pueden verse, entre otros: B. RUSSEL, *Ensayos impopulares* (1950), Hermes, 2º ed. en español 1963 y K. POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos* (1945, 1966), Paidós, 1992.

² Esta idea subyace, según Popper, en las enseñanzas de Bacon y Descartes.

perder fácilmente”, por lo que atribuye a esta creencia haber provocado desilusiones que derivaron en actitudes escépticas³ y originar también varias formas de fanatismo⁴; (ii) en el extremo opuesto, el *escepticismo* o *pesimismo* epistemológico nace de una idea contraria aunque no menos errada, una radical desconfianza en el poder de la razón humana para discernir la verdad, y esto mismo lo hace también proclive a propiciar una “autoridad fuerte” que la establezca y proclame. De un modo u otro, tales enfoques han inspirado concepciones autoritarias, a la vez que apartaron del norte que ha de seguir la investigación científica⁵.

En el contexto descripto y ya como nota introductoria a cuanto se dirá más adelante, estimo pertinente reproducir ciertas observaciones de Popper respecto del escepticismo epistemológico. Dice así: “las creencias en la posibilidad de un imperio de la ley, de una justicia equitativa, del establecimiento de derechos fundamentales y de una sociedad libre, pueden sobrevivir al reconocimiento de que los jueces no son omniscientes y pueden cometer errores acerca de los hechos, y de que, en la práctica, la justicia absoluta nunca se realiza en un juicio legal particular. Pero esta creencia en la posibilidad de un imperio de la ley, de la justicia y de la libertad, no puede sobrevivir a la aceptación de una epistemología para la cual no haya hechos objetivos, no solamente en un caso particular, sino en cualquier caso, y para la cual un juez no puede cometer un error fáctico porque en materia de hechos no puede estar acertado ni equivocado”⁶.

³ Acota Popper: “Así, muchos epistemólogos desengañados abandonarán su propio optimismo anterior y construirán una teoría autoritaria sobre la base de una epistemología pesimista. Creo que el más grande de los epistemólogos, Platón, ejemplifica esta trágica evolución” (op. Cit., p. 16).

⁴ Porque si, sea por revelación divina o por simple lectura de la naturaleza, la verdad es manifiesta ¿cómo podría alguien negarse a reconocerla?: sólo obrando con maldad, o bien, siendo víctima de una *conspiración* para sumirlo en la ignorancia de esa verdad evidente. Señala Popper cómo las teorías conspirativas influyeron en las persecuciones religiosas, en la concepción marxista (cuando acusa a la ‘prensa capitalista que perverte y suprime la verdad’), y en las restantes doctrinas autoritarias (op. Cit., p. 14 y 15).

⁵ El eminente epistemólogo austríaco, desde su propia experiencia, observa que “en la búsqueda de la verdad, el mejor plan podría ser comenzar por la crítica de nuestras más creencias” (op. Cit., p. 13).

⁶ Op. cit., cap. II, p. 11.

A la luz del recuerdo de esas reflexiones, propongo examinar algunas cuestiones que, de manera semejante, pueden plantearse en el ámbito de la teoría del derecho. A tal fin, tomaré como objeto de análisis ciertos postulados de la denominada '*teoría crítica del derecho*', a partir de la formulación de uno de sus más notables exponentes, Duncan Kennedy⁷. Ensayaré un examen crítico de esas propuestas y un breve esbozo de una perspectiva diferente. Comenzaré con un resumen de su tesis (2), para luego señalar los reparos encuentro en su formulación, desde el punto de vista de su coherencia lógica (3) y de sus consecuencias prácticas (4).

2. El intérprete frente al derecho según Duncan Kennedy. Nada es lo que parece.

En apretada síntesis, según opinión del autor citado, los jueces – y los abogados-, en su rol de intérpretes del derecho, se hallan situados en un contexto donde predominan las *ideologías*, que inciden en sus juicios acerca de las soluciones que cabe extraer del orden jurídico para los casos individuales que tienen que resolver⁸. Observa que si bien ellos procuran mostrar la “necesidad jurídica de sus soluciones sin considerar la ideología”, en realidad no pueden deshacerse de un *comportamiento estratégico*, esto es, la elección de una de las posibles soluciones del problema jurídico, fundada en motivaciones *externas*, básicamente en la ideología a la que adhieren. Considera que esa circunstancia es *inerradicable* de la

⁷ Bajo el título '*Izquierda y derecho*' se han publicado cuatro estudios de Duncan KENNEDY. Centraré mi atención en el primero, que trata '*el comportamiento estratégico en la interpretación jurídica*', y en el segundo: '*una alternativa fenomenológica de izquierda a la teoría de la interpretación jurídica de Hart y Kelsen*'. Estos trabajos encolumnados en los *Critical Legal Studies (CLS)*, aparecen precedidos de una buena introducción del traductor, Guillermo MORO, de. Siglo XXI, 2013.

⁸ Las reflexiones de Kennedy se hallan esencialmente referidas a los jueces norteamericanos. Así lo anuncia al comienzo (p. 27) y en otros pasajes de su libro (v. gr. p. 36, 95). En su exposición define *ideología* como “un proyecto de universalización de una *intelligentsia* que considera que actúa ‘para’ un grupo cuyos intereses están en conflicto con los otros grupos” (*sic*, p. 28, ver también con cita de Mannheim, p. 95). Se trata de una acepción en apariencia amplia, aunque poco clara, y los únicos ejemplos que menciona son el *liberalismo* y el *conservadorismo*, en el sentido que atribuye a esas tendencias en la sociedad norteamericana, advirtiendo que, por encima de sus diferencias, ambas asumen una estructura general y elementos argumentativos similares, diferenciados sólo en su presentación.

interpretación⁹, un adjetivo que anticipa su visión del problema. “Siempre es *posible* para el juez -dice- adoptar una actitud estratégica hacia los materiales – se refiere a las normas -, tratar de hacer que signifiquen algo distinto de lo que al principio parecía que significaban, o darles un significado que excluya otros inicialmente posibles”¹⁰. Por eso afirma que los jueces son “*actores ideológicos*”, incluso com prescindencia de su propia percepción, vale decir, lo sepan o no, lo quieran o no.

En otro pasaje parece atenuar el rigor discursivo y procura tomar distancia de una postura más radical en cuanto a la presencia de ideología en la decisión judicial. Expresa: “Desde mi punto de vista, la insistencia en que el derecho es siempre y en todo lugar ideológico, en que es ‘una construcción social de principio a fin’, etcétera, involucra tanta negación (de lo mecánico) como la posición opuesta”. Y añade que su teoría “es tan hostil a las críticas globales en el derecho, ya sea que estén hechas desde el viejo ángulo marxista o desde el posmoderno, como a la afirmación de que los jueces siempre pueden ser y de hecho usualmente son neutrales”¹¹. Sin embargo, en el segundo estudio, al tratar los enfoques de Hart y Kelsen sobre la interpretación del derecho, vuelve a poner en el centro de la escena la actividad del intérprete (juez o jurista), quien no sólo “manipula” el material normativo para *construir* la solución de los casos de la *zona de penumbra* hartiana, o *dentro del marco* kelseniano, sino en la fase previa, para decidir si cabe situar el caso o no en dicha *zona*, o si hay o no un supuesto de conflicto, de laguna, etcétera.

Bajo la inspiración de una obra de Marx, insiste ahora en que el intérprete lleva a cabo un “*trabajo*” *jurídico* para transformar lo que sería la “aprehensión inicial” de la solución determinada por las normas, con el objeto de adecuarla a su preferencia ideológica.

⁹ KENNEDY, p. 28.

¹⁰ Op. cit., p. 32. Los jueces se asemejan así a prestidigitadores que juegan con la imaginación del auditorio, como en el film de Louis Leterrier (*Nada es lo que parece*, 2013), creando meras apariencias argumentales para sus decisiones, que no tendrían, empero, conexión real con la base normativa a la cual se refieren.

¹¹ Op. cit., p. 63.

Dice que lo *CLS* (*estudios críticos*) según él los entiende¹², aceptan la “idea positivista de que el derecho es a veces determinado y a veces indeterminado”, pero afirman que ello no se debe a cualidades inherentes a la norma, sino que depende del trabajo del intérprete y de su *éxito estratégico*, dada la “*incognoscible* naturaleza ‘en sí’ o ‘esencial’ de la norma” (*sic*)¹³. Desarrollando esa óptica en contraste con la Hart y Kelsen, observa luego que “incluso cuando una interpretación está asentada, el trabajo puede desestabilizarla”, es decir, puede “*inclinarse o mover* los núcleos y marcos”, en una dinámica “*de abajo hacia arriba*”, a la inversa de la pensada por aquellos autores y por MacKormick.

Completando la idea agrega: “La ideología inclina el trabajo, que a su vez inclina núcleos y marcos, lo que a su vez, en la perspectiva de la coherencia, brinda medios para producir otras desestabilizaciones de otros núcleos y marcos”. Con esta perspectiva, el “cuerpo de derecho válido”, es presentado como “el producto histórico del trabajo de abogados, juristas y jueces” que llevan adelante “proyectos ideológicos contrapuestos”, y que se halla “impredeciblemente sujeto a desestabilización por futuras estrategias de trabajo con una orientación ideológica”¹⁴. Los materiales jurídicos sólo influyen en la determinación del resultado de los casos particulares “en combinación con una actividad que no es cognitiva sino consciente o inconscientemente estratégica”, pero intrínsecamente considerados, su “esencia” es “*incognoscible*”¹⁵.

Hay un momento en que la exposición de Kennedy pasa de un plano a otro, cuando el estudioso de la actividad judicial, preocupado en presentar un análisis ajustadamente descriptivo de esa actividad, deja paso al intelectual comprometido que expresa su propia ‘preferencia ideológica’, al exaltar la actuación del *juez activista*, que “persigue consiente o inconscientemente sus propios compromisos

¹² En otros párrafos dice adherir a lo que llama *tendencia fenomenológica de izquierda de los CLS* (pp. 94, 100).

¹³ Op. cit., pp. 90 a 93; la misma idea se reitera luego en pp. 100 y 101.

¹⁴ Op. cit., pp. 98, 99.

¹⁵ Ídem, pp. 100, 101.

ideológicos”, frente a los que procuran su neutralidad “adoptando posturas impredecibles o centristas”¹⁶. Considera *legítima* la actitud del primero que, si no puede desestabilizar la regla mediante las técnicas convencionales, tiene que buscar el argumento para que la solución se corresponda con su concepción de justicia. Admite que su postura enfrenta aquí la dificultad de una “regresión infinita” para saber si la desestabilización se produjo – o no – con técnicas convencionales, pero aún así la prefiere a las otras alternativas.

3. Reparos desde la lógica

Tal vez el valor más destacable del estudio de Duncan Kennedy, del que se ha dado somera noticia, consiste en haber diseñado una *sociología jurídica*, y en particular *judicial*, indagando cómo se comportan los jueces en su misión de confeccionar soluciones para los casos que les toca decidir, para lo cual propone una tipología de ese comportamiento¹⁷, pero indica también cómo él cree que *deberían* actuar. Deparé de lado aquí otros aspectos involucrados en este interesante aporte, para concentrarme en el planteo vinculado con la imposibilidad de una formulación objetiva acerca de las soluciones derivables de un orden jurídico, y su virtual neutralidad.

A través de un discurso que a veces se torna poco claro y aún oscilante, si bien Kennedy parece conceder algo al positivismo cuando alude a una relativa determinación del derecho, es sólo en apariencia. Como vimos, en definitiva insiste en el cuestionamiento ‘crítico’ y en el rol potencialmente *desestabilizador* que según él cabe al intérprete con su sentido primigenio, lo que hace que dicho material resulte intrínsecamente *incognoscible*.

Si se sigue esa línea argumental, se hace prácticamente imposible alcanzar un *conocimiento objetivo* del derecho, porque en la inter-

¹⁶ Ídem, pp. 95, 96. Atribuye esas posturas a los jueces que establecen su neutralidad ideológica por sendas vías: alternado impredeciblemente entre opciones definidas por ideologías en conflicto, o ideando una solución que da algo a cada bando.

¹⁷ Según la modalidad de su respuesta en función de la preferencia ideológica, menciona tres tipos de juez: activista (restringido), mediador y bipolar; pero destaca como un rasgo común la *negación* de la incidencia ideológica, sobre lo que indaga una explicación psicológica.

pretación habrá de prevalecer siempre la orientación ideológica del intérprete, por encima de las conclusiones que pudieran extraerse del material normativo. Las *proposiciones normativas* que intenten describir el contenido de las normas no podrían ser, en rigor, susceptibles de verdad o falsedad, pues no sería posible verificarlas en la medida que las condiciones del intérprete impiden emitir juicios *objetivos* al respecto. Y los que se presenten como tales serían, a lo sumo, una *máscara* para ocultar la ideología que está detrás. El argumento conduce, pues, a desechar *a priori* la posibilidad de adquirir un conocimiento objetivo respecto de *todos* los órdenes jurídicos imaginables, sea con fines meramente teóricos, sea como paso previo en su aplicación por los tribunales.

Encuentro en la base de esta tesis un giro paradójico. Para dar razones convincentes en su favor, quienes la apoyan tienen que partir necesariamente de lo que ellos mismos consideren una versión fidedigna del contenido del orden en cuestión, lo que equivale a decir un ‘conocimiento objetivo’ de él y una ‘interpretación neutral de sus normas’. Porque de otro modo no sería posible afirmar que ciertas interpretaciones o cualquier ‘trabajo’ que se intente, vendría a producir una suerte de *degradación ideológica* de ese orden.

Sólo si se presupone un sentido objetivo de las normas que integran dicho orden es posible hablar de una distorsión o una inteligencia inclinada por la *preferencia ideológica* del intérprete. Porque no se trataría, en la opinión *kennediana*, de obstáculos intrínsecos, o sea causados por problemas lógicos de incoherencia o incompletitud del orden jurídico, ni de dificultades semánticas en la comprensión de los textos. Las corrientes *realistas*, que han puesto acento en esas dificultades y en la *textura abierta* del lenguaje normativo, sugieren la posibilidad de atribuir diversos significados a ciertos textos, lo que conduciría a varias soluciones alternativas, fenómenos respecto de cuya intensidad las opiniones son también variables. Pero la teoría en examen, más allá de los problemas semánticos o lógicos, hace hincapié en la incidencia de la ideología, un factor extrínseco al contenido de las normas. Y lo hace de tal modo que lo erige en un factor decisivo e incontrolable.

Naturalmente, las creencias, las opiniones políticas, los puntos de vista sobre múltiples aspectos de la vida, las inclinaciones temperamentales y un enorme etcétera, son parte de la subjetividad de los jueces (y operadores de los sistemas jurídicos), que inciden en lo que ellos hacen, y parte de lo que hacen es resolver casos a partir de la aplicación de las normas del sistema. Pero esto no significa que no sea posible obtener un conocimiento objetivo de ellas y derivar soluciones normativas para los casos que prevén.

Más aún, si se parte de la hipótesis que un particular factor extrínseco, en el caso la ideología, prevalece decisivamente en la inteligencia de las normas, la única alternativa racional para sustentarla radica en *presuponer* un sentido objetivo de tales normas, que habrá de considerarse ‘verdadero’ o ‘fidedigno’, para poder contraponerlo con las otras interpretaciones que, según la crítica, se hallarían *teñidas de ideología*. Esa paradoja se insinúa en la argumentación de Kennedy cuando admite un *significado inicial* que se ofrece al intérprete en una primera aprehensión de las normas aplicables, que precede al trabajo *desestabilizador*. Y también cuando concluye atribuyendo a este último la *indeterminación* del material normativo.

La observación no es irrelevante, y pone en evidencia, asimismo, que en la tesis bajo análisis aparecen dos planos distintos: una que se presenta como descriptivo de la actividad interpretativa de las normas, con particular referencia a lo que hacen los jueces, y otro no tan ostensible que tiende a enfatizar lo que éstos *tienen que hacer*. De manera que la opción por un *pesimismo epistemológico* – respecto de la posibilidad de conocimiento objetivo y neutral de las normas –, pierde consistencia, porque aparece aquí indisolublemente ligada a una invitación a los jueces para que en la búsqueda de su ‘concepción de justicia’ se emancipen cuanto sea menester de las leyes. No dudo que esa idea esté precedida por *las mejores intenciones*¹⁸, pero necesariamente interfiere y desvía la investigación.

¹⁸ Un legendario film de Ingmar Bergman (1992) llevaba ese título y mostraba con cuanta frecuencia el propio proceder hace que se frustren esas ‘buenas intenciones’ sin que uno se percate.

Por otra parte, más allá del contexto que rodea la tesis, la noción amplia que da el autor debiera comprender *todas* las ideologías, es decir, cualquiera a que un intérprete pueda adherir, sea *conservadora o revolucionaria, liberal o autoritaria*, etc.. Pero entonces ¿a cuál tendría que adherir el juez *activista* que propone como modelo? No parece que esté dispuesto a sugerir una adhesión a las que considera ‘predominantes’ (conservadorismo y liberalismo) y que *ab initio* descalifica. Para colmo, según la idea *kennediana*, tampoco es posible predecir el sentido de la incidencia ideológica en las soluciones que se elaboren a partir de las reglas del sistema¹⁹. Estas advertencias complican aún más el sostenimiento de la tesis en cuestión.

4. Consecuencias problemáticas. Las mejores intenciones

Por último, algunas observaciones en orden a las consecuencias prácticas de la tesis que hemos considerado. El escepticismo descrito puede conducir a un resultado no menos perjudicial que aquel que en apariencia intentaría conjurar²⁰. Si no es posible confiar en que las reglas de un sistema jurídico tendrán una incidencia concreta en la dinámica social y, sobre todo, que en su gran mayoría serán acatadas lealmente por los órganos encargados de aplicarlas y elaborar soluciones derivables del sistema para los casos a resolver, la conclusión no puede ser otra que dichos órganos, cuanto menos implícitamente, podrán en la realidad dejarlas de lado, apartarse de ellas y decidir sin apego alguno a su sentido objetivo, ya que éste sería al fin y al cabo *inballable*.

De prevalecer esta perspectiva epistemológica lo más probable es que haya *anomia* en el sistema, alentada por una concepción que reniega de las leyes en su aptitud para gobernar los comportamientos de las personas. El siguiente paso lógico será la búsqueda de una *autoridad* que, sin importar mucho las reglas que emita, gobierne

¹⁹ Op. cit., pp. 47 y 102.

²⁰ Se trataría de cambiar los criterios interpretativos predominantes para instar la transformación interpretativa de ciertas normas – por ejemplo sobre propiedad y contratos en los países capitalistas – a las que se atribuye un “impacto enorme e injusto sobre los grupos oprimidos” (p. 101).

personalmente, sea en nombre de Dios, del espíritu colectivo, del alma del pueblo, de las clases humildes, o de lo que fuere; el camino hacia ideas autoritarias o totalitarias.

La renuncia anticipada a la objetividad del conocimiento y la neutralidad en la teoría jurídica, equivale a propiciar que los órganos sujeten, no a las normas objetivamente consideradas – puesto que no sería factible hallar su sentido objetivo –, sino a alguna de esas *ideas-fuerza* que predominen en la cultura y en la sociedad. La historia relativamente reciente del siglo XX exhibe no pocos ejemplos de las consecuencias nefastas, para las sociedades y las personas, que pueden causar ese tipo de lo que los jueces hacen y, en especial, de lo que ‘tienen que hacer’.

La teoría del derecho ha debatido por décadas en torno de su posible *neutralidad* y el debate no se ha extinguido aún. A veces tan solo se lo posterga, se lo deja de lado, o se lo considera como una cuestión superada, una pieza para el museo de la epistemología. Y en ocasiones se considera que “la defensa de la neutralidad política en la labor del jusfilósofo (signo inequívoco de una ideología conservadora) tan sólo puede ampararse (...) en una actitud ignorante o elitista”²¹. Este juicio, cercano a la concepción de Kennedy, no es por cierto uniforme ni prevaleciente. Observa Bulgin que “incluso aunque el derecho contiene evaluaciones de tipo ético, esto no es una razón para negar que la teoría del derecho es – o más bien debería ser – descriptiva”²².

En suma, con distintos ropajes semánticos o conceptuales, y con diversas actitudes o creencias, el problema persiste hoy como cuando Hans Kelsen escribió el prólogo a la primera edición de su *Teoría Pura del Derecho* en 1934, revelando la búsqueda de una perspecti-

²¹ Manuel ATIENZA, *La filosofía del derecho argentina actual*, Depalma, B. Aires, 1984, p. 232.

²² Eugenio BULGIN, en respuesta a J. RAZ en *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Marcial Pons, 2007, p. 109. En otro texto sobre la teoría pura reitera que “La ciencia jurídica consiste en la descripción del derecho positivo y no en su valoración” pues ésta es “asunto de la política no de la ciencia” (*El problema de la validez en Kelsen*, varios estudios bajo el título *Validez y eficacia del derecho*, Astrea, 2005, p. 102).

va alejada o equidistante de la influencia de los vendavales políticos de la época²³. Lo que allí se planteaba podría decirse que era un problema *epistemológico*. Lo era sin duda, pero también era algo más, y Kelsen lo puso de relieve, no lo silenció. La cuestión epistemológica, como un tema que interesa a la teoría del derecho, permanece en las aulas y en los recintos académicos. Pero las consecuencias prácticas del problema trascienden esos ámbitos y se proyectan en la actividad de los protagonistas, de los operadores del derecho, gente *de carne y hueso* como diría Genaro Carrió, y también afectan directamente la vida de las personas en general. De ahí el interés práctico de estas cuestiones.

Autor convidado.

²³ Tras relatar los ataques que su *teoría* había recibido de sectores tan opuestos (v. gr. fascismo y comunismo), dice que “[s]i con todo” se atrevía “en semejante tiempo” a exponer su trabajo era “con el deseo de que una generación más joven no permanezca, en la salvaje batahola de nuestros días, sin fe en una ciencia jurídica libre [...]”. Casi dos décadas después, Bertrand RUSSEL, insistía en la falibilidad de las teorías científicas, que “ninguna persona sensata considera inmutablemente perfectas”, y en las consecuencias para la “política práctica” de tal actitud intelectual, en especial la *tolerancia*; e instaba a defender las creencias liberales, compatibles también con un socialismo democrático, sin pedir disculpas “tímidamente ante los dogmatismos de derecha e izquierda”, sino “hondamente persuadidos del valor de la libertad, de la independencia científica y la tolerancia mutua” (en *Filosofía y política*, del citado *Ensayos impopulares*, cap. I, p.28 y ss.).